

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

LA  
THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le vendredi 8 novembre 1912, à 10 heures.*

PAR

Rieutor de MANAS

---

*Président : M. JACQUELIN.*

*Suffragants :* } MM. PILLET, } *professeurs.*  
                          } CHAVEGRIN, }

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1912







THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LA

# THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le vendredi 8 novembre 1912, à 10 heures*

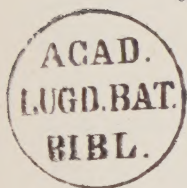
PAR

Rieutor de MANAS

---

*Président : M. JACQUELIN.*

*Suffragants :* } MM. PILLET,  
                          } CHAVEGRIN, } *professeurs.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

LA

# THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

---

## INTRODUCTION

La théorie du recours parallèle, à laquelle nous allons consacrer cette étude, est l'une des plus intéressantes en la matière de l'excès de pouvoir.

Alors que les cas d'ouverture de cette voie de recours ont été complètement fixés vers le milieu du second Empire, et n'ont plus dès lors paru susceptibles de nouveaux développements, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir a continué, au contraire, à s'étendre. La notion du recours parallèle, qui gênait cette extension, s'est peu à peu effritée.

C'est ce que nous voudrions mettre en relief au début de ce travail.

On sait que le régime de police antérieur à la Révolution mettait les administrés à la discrétion des fonctionnaires ; ceux-ci n'étaient responsables que devant

leurs chefs hiérarchiques. Et l'on ne peut éviter quelque étonnement, quelque surprise tout au moins, en constatant que le droit révolutionnaire n'ait pas admis les réclamations en justice contre les actes d'administration. Mais cet étonnement s'efface bientôt et cette surprise s'évanouit bien vite, si l'on songe aux résistances que dut vaincre l'Assemblée Nationale, et aux luttes qu'elle dut soutenir, pour établir, d'une manière durable, l'ordre politique qu'elle avait nouvellement institué. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que sous la République, les administrateurs actifs étaient élus et que, par suite, ils étaient effectivement responsables.

La nécessité de protéger les citoyens contre l'arbitraire administratif apparut et sembla vouloir s'imposer lorsque, sous le Consulat et l'Empire, les agents furent nommés par le pouvoir exécutif.

C'est alors qu'on vit naître et se développer, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, l'exception d'illégalité et les recours directs.

Créée par les tribunaux judiciaires (1), l'exception d'illégalité a été consacrée par l'article 471-15<sup>o</sup> du Code pénal révisé en 1832. Ce texte punit d'amende les contraventions aux règlements *légalement* faits par l'autorité administrative. Les tribunaux ont désormais le pouvoir de vérifier la légalité de l'acte réglementaire avant de l'appliquer ou de prononcer une peine.

(1) Cass., 3 août 1810 ; Devilleneuve, 1<sup>re</sup> série, t. III, p. 224.

En second lieu, les réclamations directes, à l'origine hiérarchiques ou gracieuses, passent dans les mains des juges administratifs ; elles se transforment et donnent naissance aux recours de pleine juridiction et aux recours en annulation.

Les recours de pleine juridiction sont de véritables actions en justice, par lesquelles les individus peuvent se défendre contre les violations du droit, commises par les actes administratifs. L'idée de la responsabilité de la puissance publique fait sans cesse de nouveaux progrès (1). Les recours en annulation, transformation de la réclamation hiérarchique, sont dirigés soit contre des agents juridictionnels administratifs, soit contre des actes de l'administration active. Dans le premier cas on les appelle des recours en cassation, dans le second des recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir est fondé sur la loi des 7-14 octobre 1790 aux termes de laquelle : « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux, elles doivent être portées au roi, chef de l'administration générale ». Cette voie de recours se fonde en outre sur la loi du 24 mai 1872 (art. 9) suivant laquelle « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

(1) Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a fait plusieurs applications du recours pour excès de pouvoir. On peut dire, vraiment, que la juridiction de ce recours est une création originale de notre grande assemblée administrative, une véritable juridiction prétorienne formatrice du droit.

Quels sont donc les faits qui caractérisent l'excès de pouvoir ? Ce sont : l'incompétence, le vice de forme, la violation d'une loi de fond, le détournement de pouvoir.

Le Conseil d'Etat ne peut annuler un acte d'administration que s'il se trouve en présence de l'un de ces faits. En quoi consistent-ils ?

On peut définir l'incompétence : l'accomplissement par un fonctionnaire d'un acte étranger aux attributions de sa fonction.

Le vice de forme est la violation des lois qui soumettent les actes administratifs à des formalités substantielles.

La troisième ouverture était qualifiée par Laferrière « de violation de la loi et des droits acquis ». C'était adopter une conception subjective du recours pour excès de pouvoir. Aujourd'hui, on conçoit très généralement ce recours d'une manière objective. M. Hauriou (1) conclut de ce principe que le droit acquis n'est qu'une simple condition de recevabilité du recours.

(1) *Précis de droit administratif*, p. 293.

D'autres auteurs ont été plus loin et ont remplacé l'exigence du droit acquis comme condition supplémentaire de recevabilité, par celle d'un intérêt renforcé (1). M. Berthélemy (2) a même supprimé toute condition supplémentaire de responsabilité. La seule violation d'une loi de fond constitue donc une cause suffisante au recours pour excès de pouvoir.

Quant au détournement de pouvoir, il consiste dans l'utilisation des pouvoirs administratifs à une fin autre que la destination légale de la fonction. L'agent n'est pas sorti des limites de sa fonction, mais il l'a fait servir à d'autres fins que ses fins normales et voulues par la loi.

Il est intéressant de rapprocher cette conception du détournement de pouvoir de celle de l'abus de pouvoir en droit privé, très en honneur aujourd'hui, et dont la jurisprudence fait de fréquentes applications, particulièrement en matière de propriété (3).

Cette dernière conception peut s'exprimer ainsi : Quiconque se sert de son droit contrairement au but économique et social assigné à ce dernier engage sa responsabilité.

Si, maintenant, nous passons au détournement de pouvoir, reprenant la définition que nous donnions il y

(1) *Année administrative*, 1903, p. 264 et suiv.

(2) *Droit administratif*, p. 889.

(3) Jossierand, *De l'abus des droits*.

à un instant, sous une autre forme, nous dirons : le fonctionnaire qui use de sa fonction contrairement à la destination que lui ont assignée les lois expose ainsi l'acte accompli à un recours pour excès de pouvoir.

Ainsi que l'on s'en rend facilement compte, il y a là une analogie des plus remarquables entre les deux situations.

Ces cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir se sont développés peu à peu. La première application du recours a été le cas d'incompétence. La loi des 7-14 octobre 1790 sur laquelle est fondée l'institution dispose que : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux et doivent être portées au roi, chef de l'administration générale. » Excéder ses pouvoirs, c'est commettre un empiètement sur les pouvoirs des autorités voisines et, par suite, sortir de sa compétence. Mais on reconnut bientôt que la notion d'excès de pouvoir pouvait s'étendre à d'autres hypothèses. Les formes légales imposées aux actes sont des limites aux pouvoirs des administrateurs ; s'ils ne les observent pas, ils excèdent leurs pouvoirs. Le décret du 2 novembre 1864, ayant dispensé le recours pour excès de pouvoir du ministère de l'avocat et de tous frais, autres que ceux de timbre et d'enregistrement, le Conseil d'Etat transforma en un recours pour excès de pouvoir l'ancien recours en annulation pour violation de la loi et des

droits acquis, afin de le faire bénéficier de la dispense des frais. D'autre part, on fit une application très logique de l'idée de violation de la loi en introduisant la notion de détournement de pouvoir consistant en ce que l'administrateur, au lieu d'agir dans l'intérêt général, a pris sa décision sous l'influence de son intérêt personnel ou d'un intérêt particulier. Il est clair que la loi impose aux administrateurs de n'agir que dans un but d'intérêt collectif.

La recevabilité du recours est l'objet de règles très précises. Lorsqu'un recours ne se présente pas dans les conditions de recevabilité voulues, il est rejeté sans être examiné au fond. On conçoit, en effet, que le juge soit tenu d'une très grande prudence dans une matière où il crée le droit.

Mais, ici, intervient l'observation que nous faisons en commençant. La compréhension de l'excès de pouvoir a été promptement élargie et fixée ; on ne voit guère qu'elle soit susceptible de développements nouveaux, car presque toutes les illégalités administratives peuvent tomber sous le coup de l'un des griefs précédemment énumérés. Au contraire, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir subit une extension continuelle. Le Conseil d'Etat n'a cessé d'interpréter ce recours dans un sens de plus en plus favorable aux administrés. De plus en plus, il a restreint les fins de non-recevoir que sa jurisprudence avait d'abord opposées

aux recours. Ainsi s'est formée une manifeste et heureuse tendance à soumettre au contrôle des tribunaux administratifs tous les actes émanés des autorités administratives.

En nous livrant à l'étude du recours parallèle, nous saisissons l'un des aspects principaux de ce mouvement d'extension de la recevabilité.

Quatre fins de non-recevoir peuvent être opposées au recours pour excès de pouvoir : l'une provient de la nature même de l'acte, l'autre de la qualité de la partie, une troisième de l'inobservation des formes et des délais, une quatrième, enfin, de l'existence d'un recours parallèle.

D'abord le recours pour excès de pouvoir peut être rejeté par une fin de non-recevoir, tenant à la nature de l'acte incriminé. Le recours n'est recevable que contre un acte d'administration accompli par une autorité comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative. Echappent donc au recours les actes qui n'ont pas le caractère d'actes d'administration et ceux qui émanent d'autorités non comprises dans la hiérarchie ou la tutelle administrative. Au surplus les actes de gouvernement échappent totalement au recours.

En second lieu le recours, pour être recevable, doit être formé par une personne ayant qualité. Cette condition suppose non seulement chez le demandeur la ca-

pacité de droit commun pour agir en justice, mais aussi, d'après la jurisprudence, la justification d'un intérêt au sujet duquel nous nous expliquerons au cours de cette étude.

En troisième lieu, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable s'il n'est pas introduit dans les formes et dans les délais légaux. On sait que, jusqu'au décret du 2 novembre 1864, il fallait suivre les formes du recours ordinaire, c'est-à-dire employer le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat ; depuis ce décret il y a dispense du ministère d'avocat et la requête peut être présentée directement par la partie. Quant au délai, il est de deux mois à partir de la notification de la décision attaquée.

Enfin une quatrième fin de non-recevoir résulte de l'existence d'un recours parallèle.

Le Conseil d'Etat a l'habitude de déclarer non recevable toute requête en annulation pour excès de pouvoir dont l'auteur dispose, pour aboutir au même résultat, d'un autre recours devant une juridiction quelconque, administrative ou judiciaire.

Il ne suffit donc pas, aux termes de cette jurisprudence, pour qu'un recours pour excès de pouvoir soit recevable, qu'on puisse relever contre l'auteur de l'acte incriminé l'un des quatre griefs que nous avons indiqués. Il faut, en outre, que le demandeur n'ait pas d'autre moyen de recours à sa disposition. Le recours

parallèle apparaît donc, en somme, comme un cas de non-recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

C'est cette théorie du recours parallèle que nous voudrions étudier au point de vue descriptif et critique.

En d'autres termes, nous nous proposons de rechercher comment elle s'est introduite dans le mécanisme du recours pour excès de pouvoir et quelles applications en ont été faites par la jurisprudence ; puis d'examiner la valeur de cette théorie confrontée avec les principes généraux, les textes et les nécessités pratiques.

Mais, avant d'aborder cette double série de questions, il nous paraît d'une bonne méthode de mettre en lumière la nature juridique du recours pour excès de pouvoir.

La notion du recours parallèle est un rouage de cette institution. On ne peut apprécier, en connaissance de cause, un élément particulier d'un mécanisme que si l'on connaît le fonctionnement de celui-ci dans son ensemble. D'ailleurs, la nature juridique du recours pour excès de pouvoir nous servira de point de départ fondamental pour critiquer la théorie du recours parallèle.

Notre étude sera donc répartie de la manière suivante :

Dans un *premier chapitre*, nous nous attacherons à dégager la nature juridique du recours pour excès de pouvoir.

Un *second chapitre* aura pour objet l'étude des applications jurisprudentielles de la notion du recours parallèle.

Enfin, dans un *troisième chapitre*, nous nous livrerons à la critique de la théorie en question.

---



## CHAPITRE PREMIER

### NATURE JURIDIQUE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

---

**Le recours pour excès de pouvoir appartient au  
contentieux objectif.**

Il existe deux sortes de recours contentieux contre les actes d'administration : le recours en réformation et le recours en annulation ou recours pour excès de pouvoir.

Le recours en réformation confère au juge la pleine juridiction, c'est-à-dire le pouvoir de réformer les décisions administratives. Au contraire, le recours en annulation ne donne au juge que le pouvoir d'annuler l'acte incriminé ou de rejeter la requête.

Mais ces notions élémentaires ne sauraient suffire et il y a lieu de pénétrer dans la nature intime du recours pour excès de pouvoir. Quelques notions générales sont indispensables.

Il est possible de distinguer dans le contentieux administratif comme dans le contentieux judiciaire deux catégories de recours : les recours subjectifs et les recours objectifs.

Le recours subjectif, qu'on peut aussi appeler action privée, est celui par lequel on demande au juge de sanctionner un droit patrimonial.

Dans le domaine judiciaire, les recours subjectifs sont ceux qui ont pour objet de sanctionner des droits réels (propriété ou démembrements) ou des obligations pécuniaires.

Dans le domaine administratif, il faut ranger, parmi les recours subjectifs, les actions relatives aux contrats administratifs, à l'acquittement des dettes de l'Etat, à la réparation des dommages causés, ainsi que tout le contentieux des contributions et des traitements.

Le recours subjectif suppose essentiellement un débat entre un demandeur et un défendeur ; de plus l'action de celui-là n'est recevable que s'il démontre, outre l'existence de son droit, son intérêt à agir en vertu de la maxime : pas d'intérêt, pas d'action. Aux termes de l'article 1351 du Code civil le jugement rendu dans ce domaine n'a autorité qu'à l'égard de ce qui a fait son objet.

C'est le principe de la relativité de la chose jugée qui s'applique non seulement aux jugements en matière de contrats et d'obligations, mais encore à ceux rendus en matière d'actions réelles. Mais la relativité de la chose jugée, édictée par l'article 1351, ne s'applique qu'aux jugements rendus sur les droits pécuniaires ou patrimoniaux. En d'autres termes, cette relativité n'existe

qu'en ce qui concerne le contentieux subjectif dont il est l'une des caractéristiques essentielles.

On appelle contentieux objectif l'ensemble des recours juridictionnels qui ne constituent pas la mise en œuvre d'un droit subjectif ou patrimonial du demandeur.

Il n'est pas douteux qu'il existe des recours de cette sorte, soit dans le domaine du contentieux judiciaire, soit dans celui du contentieux administratif.

Dans le domaine judiciaire, les actions pénales présentent incontestablement un caractère objectif ; elles ont pour objet la répression d'un crime ou d'un délit, c'est-à-dire d'un fait contraire à l'ordre social ; le droit subjectif de l'individu lésé peut être exercé au moyen de l'action civile, à côté de l'action pénale ; mais cette dernière ne peut être considérée comme l'exercice d'un droit subjectif, parce que son but est la répression de l'illégalité commise, l'intimidation, la prévention du retour d'illégalités semblables. Cette affirmation, évidente lorsqu'une peine d'emprisonnement est prononcée, n'est pas moins certaine lorsque l'action aboutit à une amende. L'amende, en effet, n'est pas appliquée dans l'intérêt du fisc et à la requête de l'administration des finances, mais bien dans l'intérêt de la loi et à la requête du ministère public elle n'est donc aucunement patrimoniale.

On peut aussi ranger sans difficulté, croyons-nous, parmi les recours objectifs judiciaires, les actions rela-

tives à l'état et à la capacité des personnes, matière essentiellement d'ordre public. Cet état est intimement lié à l'organisation même de la société, il est au-dessus du patrimoine et met en jeu l'intérêt social.

On objectera, avec beaucoup de raison, que le demandeur se soucie bien peu de l'intérêt de la société et qu'il est seulement guidé par son propre intérêt ; mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'espèce, l'intérêt du demandeur et celui de la société se pénètrent si bien, qu'agissant dans son seul intérêt, le demandeur n'en remplit pas moins le rôle d'un ministre de l'ordre public et de la légalité objective, puisque l'action a été organisée dans l'intérêt de la loi. On ne saurait douter de ces propositions lorsque la loi, en matière d'interdiction ou de nullité de mariage, par exemple, permet d'agir, à la fois, au ministère public et à certaines catégories d'intéressés. Mais le caractère objectif ne disparaît pas quand l'action appartient exclusivement à certains particuliers, comme en matière de divorce ou de désaveu de paternité. De ce que l'action soit ouverte à peu de personnes, il n'en résulte pas qu'elle soit privée. L'action en adultère est subordonnée à la volonté d'un individu ; néanmoins, elle est certainement objective et publique.

Si nous poussons notre investigation dans la sphère du contentieux administratif, nous ne sommes pas non plus en peine pour trouver des recours objectifs. Mentionnons d'abord la procédure du conflit d'attributions,

d'ailleurs de nature constitutionnelle plutôt qu'administrative. Indiquons ensuite les recours en matière d'élections et de listes électorales ; leur caractère objectif est une suite logique de la conception de l'électorat-fonction (1).

Enfin nous arrivons aux recours pour excès de pouvoir.

La nature objective de ce recours n'a été mise en lumière qu'à une date relativement récente. Elle a été acceptée par MM. Duguit, Hauriou, Berthélemy et Jèze. La jurisprudence s'en est inspirée pour différencier de plus en plus les deux branches du contentieux administratif.

Déterminons les conditions d'exercice des recours objectifs par comparaison avec le régime des recours subjectifs.

Nous voyons d'abord que, dans le domaine objectif, la personnalité du demandeur peut varier. L'action objective, ou publique, peut être exercée par des fonctionnaires spécialement investis de cette mission (comme par exemple les actions criminelles ou la procédure de conflit), ou bien par des particuliers (comme, par exemple, le recours pour excès de pouvoir), ou bien même d'une manière simultanée par les uns et les autres (actions correctionnelles). L'action publique prend le nom de populaire quand elle est très largement ouverte

(1) Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, chap. I, § 10 et 11.

aux citoyens, il en est ainsi de la plupart des recours en matière d'élections.

Remarquons que la qualité chez le demandeur de sujet d'un droit subjectif peut être exigée. Ainsi la mise en mouvement de l'action correctionnelle par voie de citation directe n'est ouverte qu'aux victimes de l'acte délictueux. En cette hypothèse, la partie civile n'est point vraiment demanderesse ainsi que l'est le plaignant dans la procédure accusatoire anglaise ; mais elle a néanmoins les prérogatives et les charges pécuniaires d'un demandeur.

Or, cette exigence de la qualité de sujet de droit chez le demandeur ne nuit en rien au caractère objectif de l'action qui ne saurait évidemment disparaître, par ce fait que la procédure est mise en mouvement par un sujet de droit au lieu de l'être par le ministère public.

On voit donc que les recours objectifs sont intentés par des personnes différentes, tandis que les recours subjectifs appartiennent aux titulaires des droits contestés.

De plus, le titulaire d'un droit subjectif ne peut voir son action déclarée recevable que s'il a un intérêt à agir. Or, il en va différemment pour les recours objectifs. Cela ne veut pas dire que le recours objectif serait accueilli, s'il était inutile et sans objet, par exemple s'il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte déjà annulé. D'ailleurs, le législateur a

parfois exigé du demandeur, dans certaines hypothèses limitativement déterminées, qu'il prouve un intérêt moral et pécuniaire au succès de son action. Ainsi l'article 184 du Code civil requiert un intérêt chez ceux qui intentent une action en nullité de mariage.

Mais il importe de remarquer que cet intérêt exigé chez le demandeur est, ici, précisément ce qui lui donne qualité pour agir. Au contraire, l'intérêt requis chez le demandeur, dans le recours subjectif, est une condition supplémentaire de recevabilité de l'action.

Enfin, les recours objectifs ne sont pas soumis au principe de l'autorité relative de la chose jugée. Ainsi les jugements des juridictions répressives ont autorité *erga omnes*.

Il en est de même des jugements prononçant un divorce, une séparation de corps ou de biens, une interdiction, une dation de conseil judiciaire ou un désaveu de paternité. Il en est de même encore des jugements en matière de conflits, d'élections et de listes électorales, de nullité des délibérations municipales, d'excès de pouvoir (1).

Il importe d'établir le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Si nous énumérons les effets de la décision du Conseil d'Etat rendue sur ce recours nous voyons qu'ils coïncident nettement avec les effets du contentieux objectif précédemment indiqués. La

(1) Jèze, *Revue générale d'administration*, 1903, t. III, p. 279 ; Duguít, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 133 et 135.

décision ne peut que rejeter le recours ou prononcer l'annulation de l'acte incriminé ; elle ne peut ni réformer cet acte, ni ordonner aucune des mesures qui pourraient être la conséquence de l'annulation (art. 9, loi 24 mai 1872). Le Conseil d'Etat ne peut ni modifier ni amender l'acte attaqué, ce qui serait faire un nouvel acte administratif. Il est vrai que l'annulation peut n'être que partielle, mais celle-ci n'est pas une réformation parce qu'il n'y a pas introduction d'un élément nouveau. D'autre part, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de prescrire les mesures qui devront être prises par l'administration comme conséquence de l'annulation prononcée. Les questions relatives à ces mesures sont à débattre au contentieux subjectif. Enfin, si l'acte a été annulé, l'annulation produit ses effets à l'égard de tous et il est dérogé à l'article 1351 du Code civil.

« Le recours pour excès de pouvoir, dit M. Laferrière (1), n'est point une sorte d'action publique, d'action populaire que chacun ait mission d'exercer dans l'intérêt de tous : nous savons au contraire qu'il ne peut reposer que sur l'intérêt direct et personnel...., l'auteur du recours n'a agi qu'en son propre nom et dans la mesure de son intérêt. Si donc cet intérêt trouve satisfaction dans une action plus personnelle, plus immédiate dans ses effets que le recours pour excès de pouvoir, la partie n'a plus raison de demander que

(1) *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 479.

l'acte disparaisse : il lui suffit qu'il ne l'atteigne pas, dût-il continuer à atteindre d'autres intéressés moins vigilants. »

Les considérations précédemment développées nous empêchent de souscrire à la manière de voir de M. Laferrière.

Nous pensons, au contraire, avec la généralité des auteurs contemporains, que le recours pour excès de pouvoir est une véritable action publique et objective tendant au respect de la légalité et à la satisfaction de l'intérêt général. Logiquement, l'exercice d'un recours objectif n'est pas rendu impossible par l'existence d'un recours subjectif dont dispose le demandeur relativement à la même question.

Nous aurons l'occasion de mettre en lumière cette idée lorsque nous critiquerons la jurisprudence concernant le recours parallèle.

Faisons ici une dernière observation. Il est si vrai que le recours pour excès de pouvoir appartient au contentieux objectif que, dans la procédure, peut intervenir spontanément une personne n'ayant pas d'intérêt direct et personnel. En outre, l'instance ne montre pas de défendeur ; elle s'introduit par une requête déposée au secrétariat du Conseil d'Etat. De quelque autorité que l'acte attaqué émane, la communication est faite au ministre, mais le ministre n'est pas partie en cause : C'est l'acte lui-même qui est attaqué *in rem*. Qu'est-ce à dire sinon que le demandeur agit dans l'intérêt général de la légalité objective ?



## CHAPITRE II

### LA JURISPRUDENCE

---

#### Formation de la jurisprudence en matière de recours parallèle.

La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle a pris naissance à l'époque où la justice administrative était encore retenue. Le chef de l'Etat était alors le seul juge des recours pour excès de pouvoir. La loi des 7-14 octobre 1790 dispose que les réclamations d'incompétence seront portées au roi, chef de l'administration générale. C'était une pure fiction constitutionnelle, puisque le roi ne faisait que se conformer au jugement de son Conseil. Or le Conseil d'Etat, statuant au nom du roi en vertu de cette justice retenue que le roi lui déléguait, créa le recours pour excès de pouvoir. Lorsque la loi du 24 mai 1872 eut attribué au Conseil d'Etat la justice administrative, il n'y avait plus de raison de maintenir la fin de non-recevoir puisée dans le recours parallèle. Néanmoins, celle-ci persista et s'affermir comme un vestige de l'état de droit constitutionnel antérieur.

C'est surtout à partir de 1852 que le Conseil d'Etat a éprouvé le besoin de restreindre les cas d'admission du recours pour excès de pouvoir. On sait que le décret du 25 mars 1852 déchargea les ministres de multiples attributions contentieuses pour les remettre entre les mains des préfets. Ceux-ci, ayant une compétence de plus en plus large et ne se trouvant guidés par aucun texte, commirent de nombreux excès de pouvoir (1). Aussi le Conseil d'Etat se montra-t-il très rigoureux et refusa-t-il toute réclamation dès que le requérant disposait d'un autre moyen pour faire tomber l'acte incriminé. Ainsi, naquit l'idée d'une fin de non-recevoir basée sur l'existence d'un recours parallèle. La réclamation était écartée soit que la partie lésée ait un recours devant la juridiction judiciaire compétente pour examiner la légalité de l'acte attaqué, soit que la partie lésée disposât d'un recours devant l'autorité administrative.

Nous allons voir le développement qu'a pris en jurisprudence l'idée du recours parallèle et les atténuations qui y ont été apportées.

Nous nous attacherons, d'ailleurs, moins à relever tous les arrêts en cette matière qu'à montrer comment la notion du recours parallèle a été accueillie dans les matières diverses.

(1) Aucoc : *Conférences*.

Huet : *Théorie du recours parallèle*. Thèse. Paris, 1900, p. 60.

## SECTION I

### APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA NOTION DE RECOURS PARALLÈLE.

Les principales applications de la notion du recours parallèle se sont produites en matière d'établissements insalubres, de travaux publics, de contributions directes et de taxes assimilées, d'actes administratifs de gestion. Examinons-les successivement.

#### I. — Etablissements insalubres.

Les établissements dangereux, insalubres et incommodes ont été divisés, par la loi du 15 octobre 1810, en trois classes. Un décret portant règlement d'administration publique, du 31 décembre 1866, a réglementé de nouveau la matière. Les établissements de la première et de la seconde classes sont soumis à la nécessité d'une autorisation préfectorale préalable après une enquête de commodo et incommodo. Une troisième classe comprend les établissements qui peuvent rester sans inconvénient auprès des habitations, mais doivent de-

meurers soumis à la surveillance de la police. Ces derniers sont autorisés par le sous-préfet après avis préalable du maire, et sans que l'enquête de commodo et incommodo soit pour eux exigée.

Nous n'avons pas à examiner ici la question de savoir si les voisins, lésés par la proximité de l'établissement, ont un recours en indemnité malgré l'autorisation régulière dont cet établissement a été muni. On sait que la jurisprudence de la Cour de cassation, après quelques hésitations, a fini par se rallier à l'affirmative.

Supposons une hypothèse différente. Un voisin est lésé par un arrêté d'autorisation entaché d'illégalité. Est-il recevable à se pourvoir directement devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ?

La jurisprudence a varié sur ce point. Dans une première phase, elle a admis les intéressés à se pourvoir directement devant le Conseil d'Etat (arrêts du 6 mai 1853, du 17 juillet 1862) (1).

Mais, en 1876, la notion du recours parallèle fit son apparition (arrêt du 14 janvier 1876 qui rejeta comme irrecevable le pourvoi formé par Mme Renault contre un arrêté du préfet de la Nièvre qui avait autorisé le sieur Guidaux à établir une tuerie dans un local situé près de l'église).

Cet arrêt, en contradiction avec ceux de 1853 et de

(1) Luet, *loc. cit.*, p. 143-144.

1862, fut rendu sur les conclusions de M. Laferrière, alors commissaire du gouvernement. Celui-ci proposa au Conseil de restreindre la recevabilité du recours direct en excès de pouvoir au cas où le litige ne pourrait être porté qu'indirectement devant une autre juridiction. Il ajoutait, formulant ainsi la théorie du recours parallèle, que le recours pour excès de pouvoir devait être fermé dès le moment que les intéressés disposent contre l'acte attaqué d'un recours direct et parallèle (1).

Le mois suivant, le 15 février, le Conseil d'Etat rejetait encore le recours formé directement devant lui contre un décret du ministre de l'agriculture et du commerce, lequel repoussait la demande de plusieurs habitants de Boulogne-sur-Seine tendant à faire supprimer un dépôt de vidanges (2).

## II. — Travaux publics.

En matière de travaux publics, un certain nombre d'arrêts ont été inspirés par la notion du recours parallèle (3). Ici, la fin de non-recevoir a été appliquée d'une manière absolue, quelle que soit l'origine de l'illégalité. Un arrêt du 16 février 1876 rejeta la requête de la Compagnie des Chemins de fer du Nord contre une décision du Conseil de préfecture de la Seine qui avait dé-

(1) Huet, *loc. cit.*, p. 146.

(2) Huet, *loc. cit.*

(3) *Ibidem*, p. 127 et suiv.

claré nulle l'autorisation préfectorale d'occupation temporaire accordée à la compagnie. De même, dans l'arrêt du 8 février 1878 (Chemins de fer de Paris-Lyon-Méditerranée) le Conseil d'Etat considéra : « qu'en cas de contestations entre l'Administration et un concessionnaire de travaux publics sur le sens ou l'exécution de leurs marchés, c'est au Conseil de préfecture qu'il appartient de statuer en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ». La même application de l'idée de recours parallèle fut faite dans les arrêts du 15 novembre 1878 et du 29 juillet 1887. Ce dernier arrêt déclarait encore que le Conseil de préfecture pouvait seul connaître en premier ressort des difficultés surgies entre l'Administration et la Compagnie des Chemins de fer de Lyon au sujet de l'interprétation et de l'exécution des clauses du cahier des charges.

### III. — Contributions directes.

Le Conseil d'Etat interdit le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs servant de base au recouvrement des contributions directes. Et, c'est sur l'existence d'un recours parallèle devant les Conseils de préfecture que cette fin de non-recevoir se trouve motivée. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII décide que le Conseil de préfecture prononcera sur les demandes tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leurs cotes de contributions directes. Quant aux

réclamations relatives aux contributions indirectes, la compétence en appartient aux tribunaux judiciaires. Les lois ultérieures ont confirmé cette distinction et affirmé la compétence judiciaire pour les contributions indirectes (loi 5 ventôse an XII), pour l'enregistrement (loi 22 frimaire an VII, art. 65), pour le timbre (loi 28 avril 1816, art. 76), pour les octrois (loi 2 vendémiaire an VIII, art. 1<sup>er</sup>).

Pour justifier la division des compétences suivant qu'il s'agit de contributions directes ou de contributions indirectes, on a imaginé une théorie puisée dans le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. D'après cette conception les actes de puissance publique sont dans la compétence normale des tribunaux administratifs, et les actes de gestion dans la compétence des tribunaux judiciaires. Or le contribuable qui réclame en matière d'impôts directs attaque un rôle nominatif, c'est-à-dire un acte de puissance publique ; au contraire, dit-on, lorsque le contribuable forme une réclamation en matière d'impôts indirects où il n'y a pas de rôle nominatif, il n'attaque pas le tarif, acte unilatéral de puissance publique, mais il soutient qu'il y a eu fausse application du tarif à son cas particulier.

Quoi qu'il en soit de cette conception, sur laquelle il y aurait beaucoup à dire, il n'est pas douteux que la loi de pluviôse an VIII attribue compétence aux conseils de préfecture en matière de contributions directes.

L'existence d'un recours du contribuable contre le

Conseil de préfecture est un obstacle, d'après la jurisprudence, à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Un arrêt du 30 novembre 1877 rejetait comme non recevable la requête formée contre un décret qui autorisait une ville à faire un emprunt.

« Considérant, disait le Conseil d'Etat, qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les Conseils de préfecture sont chargés de statuer sur les demandes des particuliers tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leur cote de contributions directes ; que pour l'exercice de cette attribution et au cas où le réclamant soutient que la contribution ne serait pas autorisée par la loi, les Conseils de préfecture ont nécessairement le pouvoir de vérifier si l'impôt a une taxe légale ; que la disposition des lois de finances qui a ouvert aux contribuables le droit d'intenter devant les tribunaux une action en répétition des impôts qui auraient été perçus sans l'autorisation de la loi, n'a eu ni pour but ni pour effet de modifier les attributions conférées aux Conseils de préfecture par le texte précité. »

C'était adopter nettement, quoique implicitement, la notion de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle.

La même jurisprudence s'est manifestée en ce qui concerne les contestations relatives aux taxes assimilées aux impôts directs. Un arrêt du 23 mai 1879 décide que « la décision et l'arrêté attaqués ne font pas obsta-

cle à ce que la Compagnie des Chemins de fer de Lyon, si elle se croit fondée à contester la révision du périmètre des digues de Moirans, porte sa réclamation devant le Conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat ; que la compagnie n'est pas recevable à déférer ces actes pour excès de pouvoir au Conseil d'Etat ».

Même solution dans un arrêt du 26 novembre 1880 par lequel le Conseil d'Etat refusait d'admettre le recours, à fin d'annulation, dirigé contre des arrêtés préfectoraux qui avaient ordonné le curage d'une rivière.

Un arrêt du 4 août 1878 annulait un arrêté du Conseil de préfecture de l'Aisne qui s'était déclaré incompétent pour examiner la légalité d'une taxe de curage.

Le Conseil d'Etat rejeta, le 16 janvier 1880, un pourvoi formé devant lui et tendant à obtenir l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté préfectoral ordonnant la construction d'un trottoir.

« Considérant, dit le Conseil, qu'en vertu des dispositions combinées de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et de l'article 44 de la loi du 18 juillet 1837, les contestations auxquelles peuvent donner lieu les frais de pavage réclamés aux propriétaires par application des anciens usages sont de la compétence des Conseils de préfecture... »

C'est toujours l'affirmation implicite que l'existence d'un recours parallèle constitue une fin de non-recevoir à l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

Un autre arrêt du 27 février 1880 adopta la même solution.

Un arrêt du 7 août 1886 admit bien le recours pour excès de pouvoir contre une déclaration d'utilité publique, décrétée en vue de rendre obligatoire la construction de trottoirs, lorsque les riverains de la voie publique appartiennent à une commune ayant perdu les vieux usages qui attribuent aux dits riverains les frais du premier pavage. Mais cet arrêt ne se mettait pas en contradiction avec les précédents puisqu'il renvoyait les requérants à se pourvoir devant le Conseil de préfecture relativement à leurs demandes en décharge ou en réduction des taxes de trottoir.

La juridiction civile et la juridiction administrative s'accordent à reconnaître que la compétence de l'autorité judiciaire, en matière de contributions indirectes et de taxes assimilées, comprend le droit de vérifier la légalité des actes en vertu desquels ces contributions et ces taxes sont mises en recouvrement. Si le sens et la validité de ces actes sont contestés, il n'en résulte pas de question préjudicielle que l'autorité judiciaire doive renvoyer à l'autorité administrative.

« Les tribunaux, dit M. Laferrière (1), juges de l'obligation prétendue des recevables, sont aussi juges du titre d'où elle dérive, de son interprétation, s'il est am-

(1) T. 1, p. 696.

bigu, de sa légalité, si l'on conteste son caractère obligatoire (1). »

De ce que l'autorité judiciaire est exclusivement compétente, en matière de contributions indirectes et de tarifs établissant ces contributions, découle cette conséquence importante que le particulier, autorisé à jouir privativement d'une portion du sol du domaine public et qui conteste la légalité de l'acte administratif servant de base à la perception de la taxe — à raison, par exemple, de ce que le tarif qui est appliqué aurait été établi par une autorité incompétente — ne saurait être admis à se pourvoir au Conseil d'Etat contre cet acte administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir.

De nombreuses décisions en ont ainsi jugé (notamment 11 mars 1887, *Compagnie parisienne du gaz et Compagnie de navigation Havre, Paris, Lyon, Lebon*, p. 213) ; 16 juillet 1886 (commune de Courbevoie), *D.* 87.3.126 ; *Lebon*, p. 615 ; 19 février 1868 (*Compagnie d'Orléans*), *D.* 69.3.17 ; 5 avril 1878 (*Valentin*), *Lebon*, p. 362 ; 19 mai 1865, *Lebon*, p. 537. En matière de taxes d'abatage arrêt du 17 décembre 1897 (syndicat de la Boucherie), *Lebon*, p. 785 et *Cass.*, ch. civ., 23 juin 1897 (*Dienne*), *D.* 97.1.558). En matière de

(1) En ce sens : Conseil d'Etat, 18 décembre 1862 (*Roy*), *Lebon*, p. 823 ; 20 mars 1891, *S.* 91.3.37 ; 18 février 1898, *D.* 99.3.36 ; *Conflits*, 30 avril 1898 (*Lombard*), *D.* 99.3.94.

droits de place aux halles et marchés 5 avril 1895 (Welter), D. 96.3.45.

#### IV. — Actes de gestion.

Il nous reste à indiquer l'une des applications les plus intéressantes de la théorie du recours parallèle. Nous voulons parler de celle qui se réfère aux actes dits de gestion.

On appelait actes d'autorité les actes accomplis par des fonctionnaires en tant que dépositaires de la souveraineté. Au contraire on nommait actes de gestion des actes pareils à ceux que font les particuliers pour la gestion de leur patrimoine. Cette distinction a surtout joué dans le domaine de la réparation des fautes commises par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. Or, à ce point de vue, le Conseil d'Etat a restreint la notion de l'acte d'autorité pour élargir celle de l'acte de gestion. Il n'a pas tardé à se rendre compte que cette division de l'Etat en deux sphères d'action absolument distinctes ne répond qu'à une pure conception de l'esprit, que les deux idées se pénètrent souvent et se confondent, qu'on peut juridiquement soutenir qu'il y a de l'autorité dans tout et de la gestion aussi dans tout.

Dès lors le Conseil d'Etat n'oppose plus systématiquement aux requêtes la fin de non-recevoir tirée du prétendu principe de l'irresponsabilité de la puissance

publique et il accorde aux citoyens lésés par les actes des fonctionnaires un droit à indemnité dans des hypothèses de plus en plus nombreuses.

Ce n'est pas seulement dans la sphère de la responsabilité, c'est aussi dans celle du recours parallèle, que la question a présenté de l'intérêt.

La distinction des actes d'autorité et des actes de gestion est aujourd'hui fort discréditée ; mais elle a régné pendant longtemps.

Fallait-il admettre le recours pour excès de pouvoir contre les actes de gestion ? La doctrine était partagée. M. Ducrocq (1) admettait formellement l'affirmative. D'après lui, le recours pour excès de pouvoir s'appliquait aussi bien aux actes de gestion qu'aux actes réglementaires et aux actes d'autorité, sous la seule réserve, pour les uns et les autres, de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. M. Laferrière se dispensait de résoudre la question. Il indiquait bien que le recours pour excès de pouvoir était le seul recours contentieux possible contre les actes de puissance publique (2), mais il ne spécifiait pas si inversement les actes de puissance publique étaient les seuls actes administratifs passibles du recours pour excès de pouvoir ; il excluait expressément les « actes de commandement » du contentieux de pleine juridiction, mais non pas les actes de gestion du

(1) *Cours de droit administratif*, t. II, n° 432.

(2) T. I, p. 17.

contentieux de l'annulation. M. Hauriou varia d'opinion à ce sujet. Dans la troisième édition de son *Précis de droit administratif*, il déclarait que « les actes de gestion admettraient bien le recours pour excès de pouvoir », mais il ajoutait « *presque toujours* il y aura un recours parallèle (1) ». Cette formule permettrait de penser qu'il existait des hypothèses dans lesquelles le recours parallèle n'existant pas, le recours pour excès de pouvoir était possible contre les actes de gestion. M. Hauriou s'est rangé à l'opinion contraire, d'ailleurs généralement admise, dans ses éditions ultérieures.

La limitation du recours pour excès de pouvoir aux seuls actes d'autorité a été surtout soutenue par M. Duguit (2) et par M. Jèze (3). Le recours pour excès de pouvoir, disent-ils, est un recours administratif juridictionnalisé ; il doit donc s'appliquer aux mêmes sortes d'actes qui sont exposés au pouvoir hiérarchique. Or, le pouvoir hiérarchique d'annulation est limité aux actes de puissance publique ou d'autorité, œuvre exclusive de la volonté unilatérale d'un agent administratif ; mais il ne s'étend pas aux actes de gestion à la conclusion desquels participe nécessairement un tiers, le co-contractant, qui échappe à la subordination hiérarchique. En conséquence, le recours pour excès de

(1) P. 312.

(2) *L'Etat, les gouvernants et les agents* p. 741 et suiv., 477 et suiv.

(3) *Année administrative*, 1903, p. 243.

pouvoir ne peut lui-même atteindre que les actes d'autorité.

On ne peut nier que cette explication soit historiquement exacte. Mais ce n'est pas elle qui, consciemment du moins, a poussé le Conseil d'Etat à écarter les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes de gestion. Le Conseil a eu recours à un expédient qui n'est autre que la notion du recours parallèle.

Ni la majorité de la doctrine, ni la jurisprudence, n'avait organisé contre les recours pour excès de pouvoir visant les actes de gestion une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte. Le recours parallèle fut une manière commode de déclarer inadmissibles les recours en question.

Quelque ingénieux et heureux qu'il soit, cet expédient ne va cependant pas sans inconvénients. Ainsi la fin de non-recevoir qui n'aurait dû concerner que les contrats a été étendue aux actes de puissance publique relatifs à ces contrats. Sous prétexte d'un recours parallèle devant les tribunaux judiciaires, le Conseil d'Etat écarte les recours pour excès de pouvoir dirigés contre ces actes de puissance publique dont pourtant les tribunaux judiciaires, saisis du contrat administratif, ne peuvent apprécier eux-mêmes la validité et dont ils doivent renvoyer l'examen à la juridiction administrative par voies de question préjudicielle.

Il faudrait substituer la fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte à celle puisée dans le recours paral-

lèle. Cette substitution permettrait d'exercer le recours pour excès de pouvoir contre les actes unilatéraux de puissance publique intervenus à l'occasion d'un contrat et qui sont aujourd'hui non recevables.

Le Conseil d'Etat est d'ailleurs entré dans cette voie par l'arrêt du 11 décembre 1903 (commune de Gorre, *Année administrative*, 1903, p. 273, note de M. Jèze). Il a admis un recours pour excès de pouvoir dirigé contre des arrêtés préfectoraux enjoignant à un maire de louer un immeuble, désignant l'inspecteur primaire pour passer le bail, enjoignant enfin au maire de faire enregistrer le bail et de réunir le conseil municipal pour faire voter les crédits nécessaires. Dans cette espèce il y avait bien une contestation soulevée à l'occasion d'un contrat et dont la compétence appartient exclusivement à l'autorité judiciaire, sauf renvoi des questions administratives préjudicielles ; la commune avait un recours parallèle qui était l'action en nullité du bail passé dans des conditions irrégulières. Le Conseil n'en a pas moins admis, conformément à la manière de voir que nous indiquions tout à l'heure, le recours parallèle. Ce recours n'eût pas été possible contre le bail lui-même, acte contractuel ou de gestion, mais rien ne pouvait l'empêcher d'être exercé contre un acte unilatéral de puissance publique occasionné par un contrat.

Après avoir montré le développement de la théorie du recours parallèle en jurisprudence, nous devons maintenant indiquer les restrictions qu'elle a reçues de la part du Conseil d'Etat.

## SECTION II

### RESTRICTIONS A LA THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE.

#### I. — Une exception ne constitue pas le recours parallèle.

Une première restriction à la théorie du recours parallèle concerne les recours dirigés contre les actes administratifs munis de sanction pénale dont l'illégalité peut être invoquée par voie d'exception devant les tribunaux répressifs. Le Conseil d'Etat considérait, à l'origine, cette exception d'illégalité comme constituant un obstacle absolu à l'exercice du recours pour excès de pouvoir. Sous le Second Empire, il commença d'admettre les recours fondés sur un excès de pouvoir flagrant. Enfin, en 1872, il inaugura sa jurisprudence actuelle suivant laquelle la fin de non-recevoir ne peut jamais résulter d'un simple moyen de défense (1).

C'est dans les poursuites exercées par application de l'article 471-15° du Code pénal que l'exception d'illé-

(1) V. Laferrière, *Juridiction administrative*, p. 480 ; Huet, *loc. cit.*, p. 65 et suiv.

galité est le plus souvent invoquée. D'après ce texte, relèvent des tribunaux judiciaires ceux qui contreviennent aux règlements *légalement* faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se conforment pas aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale. Les tribunaux judiciaires ont donc mission d'apprécier la légalité de ces actes. Et, tout individu poursuivi pour contravention à ceux-ci est admis à prouver devant ces tribunaux que le règlement auquel il a contrevenu n'était pas légalement fait. S'il triomphe dans sa preuve, il est renvoyé des fins de la plainte.

Mais cette exception d'illégalité devant les tribunaux de l'ordre judiciaire est-elle le seul moyen dont dispose la partie lésée par un acte administratif de cette sorte? A-t-il le droit d'attaquer directement devant le Conseil d'Etat l'acte en question par la voie du recours pour excès de pouvoir?

On admit d'abord la négative. C'était une solution vraiment cruelle pour les justiciables.

En 1858, 1859, 1865, 1869, dans des espèces où l'excès de pouvoir était particulièrement manifeste, le Conseil admit le recours.

Mais, c'est en 1872 (arrêt Baillargeau du 29 novembre, et arrêt Billette du 20 décembre) que cette nouvelle manière de voir prit corps. Il fut désormais établi que le recours pour excès de pouvoir est recevable quand la partie lésée par un acte administratif ne dispose que d'une exception. Il faut, pour qu'il y ait lieu à l'appli-

cation de la notion du recours parallèle, que le citoyen lésé ait une action dont l'exercice lui permette de prévenir les conséquences de l'acte illégal.

Le recours *omisso medio* disparaîtra devant un autre recours, pourvu que ce dernier soit parallèle et direct. Le recours sera parallèle quand il donnera complète satisfaction à l'intérêt personnel de la partie lésée par l'acte administratif entaché d'excès de pouvoir. Le recours sera direct lorsqu'il pourra être mis en œuvre par le requérant lui-même jouant le rôle de demandeur dans le litige. Une action seule remplit ces deux conditions. Mais, toutes les actions ne les remplissent pas. Ainsi le propriétaire exproprié a une action en dommages-intérêts contre la déclaration d'utilité publique illégalement prononcée. Mais il serait profondément injuste de refuser à ce propriétaire le recours pour excès de pouvoir. En effet, l'action en indemnité, aboutit seulement à la réparation du préjudice causé, elle n'empêche nullement la mise à exécution de l'acte qui a autorisé l'expropriation. Cette mise à exécution ne peut être évitée que par le recours direct au Conseil d'Etat.

## II. — Atténuation en matière de sectionnement électoral.

Une nouvelle atténuation fut, plus récemment, introduite par le Conseil d'Etat à sa doctrine du recours parallèle en matière de sectionnement électoral. Cette opération est ordonnée en vue des élections munici-

pales par une délibération définitive du conseil général, et elle se trouve subordonnée par la loi à des conditions très strictes. Lorsque les élections municipales sont faites suivant un sectionnement irrégulier, elles peuvent être de ce chef annulées par les tribunaux compétents, c'est-à-dire par le conseil de préfecture en premier ressort, et par le Conseil d'Etat en appel. Longtemps la jurisprudence considéra le contentieux des élections municipales comme un recours parallèle excluant la possibilité d'attaquer directement pour excès de pouvoir la délibération illégale du conseil général. Mais un certain nombre d'arrêts vinrent écarter dans ce domaine la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle et déclarer recevable les recours dont il s'agit (1).

Sans doute ces décisions ne ruinent pas la théorie du recours parallèle (2). Ce sont des arrêts d'espèce rendus pour éviter les inconvénients pratiques de la solution contraire. En effet, l'application de la fin de non-recevoir, obligeait les intéressés à faire annuler les conséquences d'une décision dont il leur était interdit d'obtenir directement la suppression avant toute exécution. De nouvelles élections municipales étaient

(1) Conseil d'Etat, 24 juillet 1903 (commune de Massat), et 7 août 1903 (Chabat et autres), Sirey 1904. 3. 1. Quatre arrêts du 22 avril 1907 (communes de Sainte-Sabine, Miradoux, Semperesse, Lupine), *Lebon*, p. 335.

(2) Hauriou, note dans Sirey, 1904. 3. 1.

donc nécessaires, et, jusqu'à ce qu'il y fût procédé, un conseil municipal irrégulièrement élu demeurerait en fonctions. C'est à cette déplorable situation qu'a mis fin la nouvelle jurisprudence. Et il y a lieu de l'en féliciter.

Mais nos desiderata vont plus loin et tendent à ce que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle disparaisse, d'une manière générale, du fonctionnement du recours pour excès de pouvoir.



## CHAPITRE III

### CRITIQUE DE LA THÉORIE DU RECOURS PARALLÈLE

---

Notre étude critique de la théorie dont nous venons d'exposer les applications jurisprudentielles, aura un double aspect.

Nous nous efforcerons, dans une *première section*, de ruiner les arguments invoqués en faveur de la théorie du recours parallèle.

Dans une *deuxième section*, nous établirons directement la théorie contraire, suivant laquelle l'existence d'un recours devant un tribunal judiciaire ou administratif ne fait pas obstacle à l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

## SECTION I

### RÉFUTATION DES ARGUMENTS INVOQUÉS EN FAVEUR DE LA THÉORIE.

La doctrine du recours parallèle ne peut invoquer aucune base légale.

Les justifications qu'on a tentées se sont fondées sur des considérations rationnelles et sur des motifs d'opportunité pratique. Il convient d'examiner les uns et les autres.

#### I. — Raisons de principe.

##### 1. — *Prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir.*

Nous avons vu que, suivant certains auteurs, et notamment M. Laferrière, le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action publique ou populaire que chacun aurait mission d'exercer dans l'intérêt de tous, mais une véritable action subjective ayant pour objet de donner satisfaction aux intérêts du demandeur. Le

recours pour excès de pouvoir est donc de même nature que les recours de pleine juridiction et que les actions judiciaires. En admettant le cumul du premier avec les autres, on ferait donc un double emploi. A quoi bon cette superfluité et cette complication ?

Il est exact que la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle s'applique uniquement entre recours du même ordre et de même nature. Mais nous avons accepté une autre opinion sur la nature juridique du recours pour excès de pouvoir. La conception objective de ce recours a été substituée à la conception subjective. Si le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif, il n'y a aucune raison d'interdire aux individus de le cumuler avec les recours subjectifs qui n'ont, ni la même cause, ni le même but. Il n'y a pas double emploi, puisque les recours subjectifs sanctionnent des intérêts particuliers et patrimoniaux, tandis que le recours pour excès de pouvoir garantit le respect de la légalité objective. On voit donc que la fin de non-recevoir ne pourra logiquement être tirée que des recours parallèles objectifs analogues ou identiques au recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir ne sera pas recevable contre les élections, ni contre les délibérations des conseils municipaux. Ces deux sortes d'actes administratifs sont, en effet, exposés à des recours objectifs spéciaux. Des voies de nullité ont été organisées contre les délibérations des conseils municipaux par les articles 63 et suivants de

la loi du 5 avril 1884 ; ces voies ne sont en quelque sorte que des démembrements du recours pour excès de pouvoir soumis à des règles particulières.

La nature objective du recours pour excès de pouvoir conduit donc à maintenir rationnellement le recours parallèle dans les limites que nous venons d'indiquer.

Néanmoins M. Duguit (1) est parvenu à déduire de cette même nature objective le caractère subsidiaire du recours. Et il est vraiment curieux de constater que MM. Laferrière et Duguit justifient la même fin de non-recevoir, l'un par la conception subjective, l'autre par la conception objective du recours. Cela vient de ce que M. Duguit attribue au contentieux objectif un caractère anormal et exceptionnel. Mais si nous considérons les recours objectifs comme un objet normal de la fonction juridictionnelle, nous n'apercevons pas le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir.

2. — *Prétendue nécessité d'un intérêt direct et personnel  
chez le demandeur.*

Une autre tentative de justification, sur le terrain des principes, de la théorie du recours parallèle, consiste à rattacher celle-ci à la notion de l'absence d'intérêt. Sous un certain rapport, la fin de non-recevoir, tirée du recours parallèle, procède logiquement de la fin de non-recevoir basée sur le défaut d'intérêt. Si, en effet,

(1) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 538 et suiv.

il faut avoir un intérêt pour agir, cet intérêt est la mesure de l'action. Or, si l'intérêt en jeu peut être satisfait par un moyen plus immédiat et plus personnel que le recours pour excès de pouvoir, le demandeur n'a plus de raison de demander la disparition de l'acte.

On s'explique donc que l'élargissement de l'idée d'intérêt exigé de la part du demandeur pour recourir en excès de pouvoir ait conduit le Conseil d'Etat à restreindre la conception du recours parallèle.

La notion d'intérêt direct et personnel échappe complètement à l'analyse juridique. Elle est sujette à des variations, et la jurisprudence a effectivement considéré les intérêts les plus divers comme donnant qualité pour intenter le recours pour excès de pouvoir.

La notion d'intérêt se ramène à celle de préjudice actuel ou éventuel. Lorsqu'on dit qu'un individu n'a pas d'intérêt à demander l'annulation d'un acte, on veut dire que cet acte ne lui a pas causé de dommage. Quand peut-on dire qu'un acte administratif n'est pas préjudiciable à celui qui émet la prétention de le faire annuler ? La jurisprudence n'a cessé d'étendre l'idée de l'intérêt requis chez le demandeur.

On conçoit qu'à l'origine le recours n'était admis que si le requérant justifiait d'un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte ; l'administration locale était aux mains des représentants du pouvoir central, et ceux-ci, par suite, ne commettaient d'actes arbitraires.

qu'à l'égard des particuliers (1). La situation se modifia lorsque la gestion des intérêts locaux fut confiée à des corps électifs. La conception de l'intérêt direct et personnel s'élargit. Un simple intérêt moral fut regardé comme suffisant ; le recours fut reçu contre des actes déjà exécutés par l'administration pour cette raison qu'il peut y avoir un intérêt moral à obtenir l'annulation d'actes illégaux même après leur exécution (2).

D'autre part, le Conseil d'Etat fit participer à l'intérêt direct et personnel un nombre croissant d'individus ou même de collectivités.

Le contribuable a été admis, dans une certaine mesure, à se pourvoir contre les délibérations du Conseil municipal, dans les termes de la loi de 1884, par la voie du recours en la forme de l'excès de pouvoir. Les articles 65 et 66 de la loi municipale du 6 avril 1884 organisent un recours spécial contre les délibérations des Conseils municipaux. La procédure se divise en deux parties. Le recours est formé devant le préfet qui statue en Conseil de préfecture. C'est le premier degré. Puis, au second degré, il y a un recours contentieux porté devant le Conseil d'Etat en la forme du recours pour excès de pouvoir. Les textes sont ainsi conçus : *Arti-*

(1) Hauriou, note sur les arrêts Bied, Charenton et Poisson, Sirey, 1894, 3, 129.

(2) Laferrière, *Juridiction administrative*, p. 437 ; Conseil d'Etat, 1<sup>er</sup> avril 1881, Schneider ; Conseil d'Etat, 1<sup>er</sup> avril 1881, Gravier ; Conseil d'Etat, 12 avril 1889, évêque de Marseille.

*de 65* : « La nullité de droit est déclarée par le préfet, en Conseil de préfecture. Elle peut être prononcée par le préfet, et proposée ou opposée par les parties intéressées, à toute époque. » — *Article 66* : « L'annulation est prononcée par le préfet. Elle peut être aussi demandée par toute personne intéressée et par tout contribuable de la commune. »

Nous voyons, par conséquent, deux sortes de délibérations. Les unes, visées par l'article 65, sont nulles de plein droit. Les autres, prévues par l'article 66, sont simplement annulables. Les délibérations nulles de plein droit sont celles qui ont été prises par un Conseil municipal sur un objet étranger à ses attributions, ou en violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique. Les délibérations simplement annulables sont celles auxquelles auraient pris part des membres du conseil municipal intéressés soit en leur nom personnel, soit comme mandataires. Pour les premières, le recours n'est ouvert qu'aux parties intéressées ; pour les autres, le recours appartient en outre aux simples contribuables de la commune.

Supposons qu'un traité ait été passé au nom de la commune par un conseil municipal, et que ce traité ait été voté par des conseillers intéressés dans le sens de l'article 64 ; il est très probable que l'attention du préfet n'aurait pas été appelée sur l'acte en question. En effet, qui est-ce qui pourrait en demander l'annulation ? S'il n'y avait eu que la commune et le bénéficiaire de l'acte,

les seules parties intéressées en somme, l'annulation ne se serait jamais produite. Le bénéficiaire ne tient pas à voir tomber le traité ; la commune n'y tient pas davantage, puisqu'elle est représentée par le Conseil municipal. C'est pour ce motif que la loi a permis aux simples contribuables de demander l'annulation. Telle était, du moins, l'explication des articles 65 et 66 fournie par le commissaire du gouvernement, M. Marguerie, en 1886, dans l'affaire Castex. La jurisprudence refusa la qualité d'intéressé au contribuable, et elle écarta en même temps son recours en se basant sur ce que le contribuable pouvait s'adresser au juge de l'impôt ; c'était l'application de la théorie du recours parallèle.

Or, le 29 mars 1901, dans l'arrêt Casanova, le Conseil d'Etat admit le recours du contribuable. « Considérant, dit-il, que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olmeto ; que les requérants, contribuables dans cette commune, ont intérêt dans cette qualité à faire déclarer cette délibération nulle de droit, et qu'ils sont ainsi parties intéressées dans le sens de l'article 65 de la loi de 1884. »

Dans des arrêts postérieurs (1), le Conseil d'Etat a considéré le contribuable comme intéressé et comme admis à intenter la voie de nullité de l'article 65 dès

(1) Arrêt Cellier, 18 mars 1904 ; arrêt Petit, 29 décembre 1905 ; arrêt Camus, 6 avril 1906.

l'instant qu'il s'agit d'une délibération relative au patrimoine communal.

Après avoir été étendue en matière de recours en la forme de l'excès de pouvoir (loi de 1884), la notion d'intérêt a été étendue dans la matière de l'excès de pouvoir lui-même. Les recours du contribuable, de l'habitant et de l'électeur furent admis.

La jurisprudence développa la solution consacrée par l'arrêt Casanova. L'arrêt Cellier, du 18 mars 1904, décida que les contribuables ont intérêt à faire annuler une délibération par laquelle le Conseil municipal a voté l'acquisition d'un immeuble. L'arrêt Petit, du 29 décembre 1905, habilita les contribuables à demander l'annulation d'un arrêté préfectoral approuvant une transaction votée par le Conseil municipal et prise sans l'avis du Conseil de préfecture. L'arrêt Camus, le 6 avril 1906, déclara des contribuables recevables à demander l'annulation de deux délibérations du Conseil municipal de Paris relatives à un échange de terrains. Il s'agissait certainement du recours pour excès de pouvoir, puisque la loi municipale de 1884 ne s'applique pas à la ville de Paris. Actuellement, les contribuables d'une commune sont donc recevables, en cette seule qualité, à attaquer les décisions intéressant les finances de la commune et la bonne gestion de son patrimoine.

La jurisprudence est moins nette en faveur du recours de l'habitant. Il n'est pas douteux que les habitants sont recevables, en cette qualité, à attaquer les

règlements de police. Etant passibles d'une poursuite devant le juge répressif en cas d'infraction, ils peuvent attaquer directement l'acte illégal susceptible de leur préjudicier. Mais l'habitant est-il admis à intenter un recours pour excès de pouvoir ? Plusieurs arrêts du Conseil d'Etat peuvent être invoqués à l'appui de l'affirmative. L'arrêt du 13 juillet 1892 (Samuel) admit la recevabilité du recours d'habitants d'une section de commune contre une décision préfectorale transférant les archives de cette section à une autre. L'arrêt du 27 mars 1896 (Binot de Villiers) a rejeté le recours formé par des habitants contre le décret qui changeait le nom d'une commune, mais la question de recevabilité ne fut pas soulevée et le rejet ne fut nullement motivé par cette raison que la commune seule aurait eu intérêt (1).

Quant à la recevabilité du recours de l'électeur, elle n'est plus douteuse pour le Conseil d'Etat. Au moment de la discussion de la loi du 5 avril 1884, un sénateur, M. Baraguon, proposa un amendement tendant à ouvrir aux électeurs le recours pour excès de pouvoir contre les délibérations des Conseils généraux prévoyant des sectionnements électoraux irréguliers. Cette proposition fut rejetée. Cependant il y eut des électeurs

(1) Ont rejeté, au contraire, comme irrecevable, le recours de l'habitant, les arrêts des 12 juillet 1880 (Boyne et Argille), 8 août 1873 (Dunocq), 4 août 1905 (Dieuleveult).

qui formèrent des recours. Le Conseil d'Etat les écarta d'abord (1). Mais en 1903 un revirement se produisit. Nous avons déjà cité les arrêts qui admirent l'électeur comme ayant un intérêt distinct de celui de la collectivité dont il fait partie et recevable à exercer un recours pour excès de pouvoir contre un sectionnement irrégulier (2).

C'est non seulement à des individus, mais encore à des collectivités que le recours pour excès de pouvoir a été ouvert.

Les assemblées délibérantes, Conseil municipal et Conseil général et les agents décentralisés, maire et préfet, en tant que représentants de la collectivité locale, ont été admis à demander par la voie du recours pour excès de pouvoir l'annulation d'une décision de l'autorité administrative considérée comme violant leurs droits (3).

L'article 67 de la loi du 5 avril 1884 donne expressément aux Conseils municipaux le droit de se pourvoir en Conseil d'Etat contre un arrêté du préfet annulant leurs délibérations. Aussi voyons-nous de nombreuses décisions du Conseil d'Etat intervenues en leur faveur

(1) Arrêts Luchetti, 27 juin 1884, et Gaspail, 8 août 1888.

(2) Arrêts du 24 juillet 1903, du 7 août 1903, du 22 avril 1904.

(3) Voir : *La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés*, article de M. Louis Le Fur, professeur à la Faculté de droit de Caen, dans la *Revue générale d'administration*, janvier 1911.

(arrêt du 31 janvier 1902 annulant un décret qui prononçait une dissolution irrégulière, arrêts des 10 janvier 1902, 19 décembre 1902 ; 22 juin 1906, 3 août 1907, 8 juillet 1910, annulant des arrêtés préfectoraux qui inscrivaient d'office au budget municipal des crédits en vue de l'acquittement de dépenses pour lesquelles le Conseil municipal se refusait à voter les fonds nécessaires ; arrêts des 11 décembre 1903, 22 avril 1904, 6 juillet 1906 annulant des arrêtés préfectoraux qui effectuaient, pour le compte de la commune une, location d'office de maison d'école, alors que le préfet, contrairement au conseil municipal, estimait l'ancienne école insuffisante ; arrêts des 26 décembre 1908 et 24 décembre 1909 annulant des décisions qui, elles-mêmes, annulaient des délibérations de conseils municipaux en vue de l'établissement d'un service nouveau ou d'une subvention à un établissement).

Vis-à-vis des Conseils généraux, le Conseil d'Etat tend à se montrer aussi libéral. Un arrêt du 22 juillet 1898 déclara recevable le recours formé par le département de l'Indre contre une décision ministérielle qui, à l'occasion de la construction d'un chemin de fer d'intérêt général, en faveur duquel était intervenue une délibération du conseil général accordant une subvention, avait plus tard substitué un nouveau tracé à celui fixé par l'acte déclaratif d'utilité publique.

Un arrêt du 4 mai 1906 déclara recevable, tout en le rejetant au fond, un recours pour excès de pouvoir

formé par le conseil général de la Loire-Inférieure contre le préfet qui avait refusé de faire exécuter sa délibération tendant à faire enlever le Christ de la salle du tribunal.

On peut noter une jurisprudence de même tendance en faveur des agents décentralisés. Le Conseil d'Etat admet que le recours pour excès de pouvoir formé par un maire contre un arrêté préfectoral et excédant les pouvoirs de surveillance hiérarchique du préfet (1).

L'évolution que nous venons d'indiquer implique l'abandon de la conception subjective du recours pour excès de pouvoir. Comment, en effet, discerner la mise en œuvre d'un droit subjectif dans les recours de l'habitant, du contribuable ou de l'électeur, ou dans ceux des assemblées délibérantes ? Aussi M. Berthélemy a-t-il pu dire que la jurisprudence du Conseil d'Etat « rapproche de plus en plus le recours pour excès de pouvoir d'une action populaire » (2).

Cette jurisprudence nous éloigne de la stricte exigence d'un intérêt direct et personnel chez le demandeur. Qu'on veuille, du reste, bien le remarquer ; la loi organique du Conseil d'Etat n'a subordonné l'exercice du recours pour excès de pouvoir à aucune condition. La jurisprudence devrait donc admettre que cette

(1) Arrêts du 18 avril 1902, du 18 janvier 1905, du 23 janvier 1906.

(2) *Droit administratif*, p. 883.

action publique est de plein droit ouverte à tous les citoyens.

Rien ne peut justifier la conception de l'intérêt direct. La nature du recours pour excès de pouvoir la condamne. En réalité, nous le répétons, le demandeur joue ici vraiment le rôle de ministère public ; il exerce une véritable fonction publique. La considération du mobile qui pousse le demandeur à agir, ne doit donc pas intervenir, puisque le recours tend à l'intérêt général, non à l'intérêt particulier du demandeur.

Il y a lieu, d'autre part, de s'inquiéter des conséquences pratiques de cette notion d'intérêt direct et personnel. A cet égard des inconvénients sérieux apparaissent. Il n'est pas douteux qu'écarter le recours pour excès de pouvoir, sous le prétexte qu'il n'est pas inspiré par l'intérêt, c'est se fonder sur une idée entièrement flottante et soumise aux appréciations nécessairement variables des juges. Dès lors, c'est l'instabilité et l'arbitraire qui règnent en cette matière.

A la notion d'intérêt se rattache celle du droit acquis exigé des demandeurs en recours pour excès de pouvoirs fondés sur la simple violation d'une loi de fond. Or, cette condition du droit acquis était exigée par M. Lafferrière, comme un élément même de l'excès de pouvoir (1). Cette nécessité de la violation du droit acquis,

(1) T. II, p. 592 et suiv.

qu'était-elle en définitive, sinon une persistance d'une procédure subjective dans le domaine du contentieux objectif ? M. Jèze remplaça l'expression droit acquis par celle d'intérêt renforcé. L'intérêt direct et personnel du demandeur, exigé pour la recevabilité du recours, est donc constitué par la situation légale du demandeur. Mais qui ne voit à quel arbitraire aboutit cette notion d'intérêt variant suivant les divers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ?

En résumé, on a défendu la théorie du recours parallèle en se fondant soit sur la prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir, soit sur la nécessité d'un intérêt direct et personnel chez le demandeur à ce recours. Et, à la vérité, la seconde manière de voir n'est qu'une conséquence de la première. Si l'on exige l'intérêt chez le demandeur, c'est parce qu'on estime que le recours n'est pas une action objective, publique, ouverte à tous. Nous avons montré que notre recours est essentiellement objectif et que la jurisprudence du Conseil d'Etat tend de plus en plus à le considérer comme tel. Aucune raison de principe sérieuse ne justifie donc la doctrine du recours parallèle. On peut dire que le Conseil d'Etat a restreint cette théorie dans la mesure où il a aperçu et consacré l'objectivité du recours pour excès de pouvoir.

## II. — Raisons pratiques.

Trois considérations principales, dans l'ordre pratique, ont conduit la jurisprudence administrative à établir la règle du recours parallèle (1).

Ce serait d'abord le désir d'écarter les recours inutiles ; puis, la préoccupation de ne pas empiéter sur la compétence des autres juridictions, enfin le désir d'éviter des contrariétés de jugements.

Que vaut chacune de ces considérations ?

### 1. — *Désir d'écarter les recours inutiles.*

On dit, en premier lieu, que l'existence d'un recours parallèle rendrait inutile le recours pour excès de pouvoir. A quelle personne ce recours serait-il inutile ? Au demandeur évidemment, Comme l'a dit M. Laferrière dans un passage déjà cité, si l'intérêt de l'auteur du recours trouve sa satisfaction dans une action plus personnelle, plus immédiate dans ses effets que le recours pour excès de pouvoir, la partie n'a plus de raison de demander que l'acte disparaisse ; il lui suffit qu'il ne l'atteigne pas, dût-il continuer à atteindre d'autres intéressés moins vigilants.

C'est donc le défaut d'intérêt qui explique la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle. Or, l'idée de

(1) V. Jèze, *Année administrative*, 1903, p. 273.

défaut d'intérêt se lie étroitement à la conception subjective du recours pour excès de pouvoir.

Pour nous, qui considérons ce recours comme de nature objective, l'inutilité prétendue ne nous apparaît nullement. Qu'importe que l'existence d'un recours parallèle rende l'annulation de l'acte entaché d'excès de pouvoir sans intérêt pour le demandeur, puisque le recours pour excès de pouvoir tend à assurer, non l'intérêt individuel du demandeur, mais bien le respect de l'ordre public et de la légalité.

2. — *Préoccupation d'éviter les empiètements de juridictions.*

En second lieu, l'existence d'un recours parallèle conduirait, dit-on, si l'on admettait le recours pour excès de pouvoir, à des empiètements de juridictions. Et l'on évoque le souvenir des évocations de l'ancien régime. On sait que, dans l'ancienne France, la justice du roi subsistait à côté de la justice déléguée à des magistrats, indépendants et inamovibles. C'est ce qu'on appelait la justice retenue. Le roi pouvait empêcher un litige de se présenter devant les tribunaux et le juger lui-même ou par son Conseil. L'évocation consistait à dessaisir d'un procès un tribunal qui aurait dû régulièrement en connaître pour soumettre le débat au Conseil du roi.

M. Laferrière disait que la compétence des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs serait bien compromise si le recours direct au Conseil d'Etat était

admis malgré l'existence d'un autre recours mis à la disposition des justiciables.

Cette crainte des anciennes évocations est-elle fondée ? Certainement non.

Observons qu'à la différence des évocations de l'ancien régime, qui dessaisissaient le tribunal normalement compétent au profit du Conseil du roi, le recours pour excès de pouvoir n'opère jamais le dessaisissement de la juridiction devant laquelle le recours parallèle peut être porté. La comparaison ne se soutient donc pas. Dès lors que reste-t-il ? C'est que l'existence d'un recours parallèle ne rend jamais inutile le recours pour excès de pouvoir qui est organisé dans l'intérêt de la loi, et non pour l'avantage individuel du demandeur. En exerçant une compétence qui lui est expressément attribuée, le Conseil d'Etat ne peut empiéter sur qui que ce soit.

### 3. — *Souci d'éviter la contrariété de jugements.*

Quant à la contrariété des jugements, si elle était vraiment un si grand danger dans notre ordre d'idées, il eût fallu appliquer la fin de non-recevoir avec une rigueur absolue, et, en particulier, exclure le recours pour excès de pouvoir contre les actes passibles de l'exception d'illégalité. En d'autres termes, il fallait donner à la fin de non-recevoir une étendue et une rigueur qu'elle n'a jamais eues, ou reconnaître que les arguments invoqués en faveur de la doctrine du recours parallèle sont dépourvus de valeur sérieuse.

## SECTION II

L'EXISTENCE D'UN RECOURS PARALLÈLE NE FAIT PAS OBSTACLE  
A LA POSSIBILITÉ DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

M. Jacquelin écrivait en 1899 : « La plupart des auteurs s'accordent avec raison pour critiquer cette doctrine et pour penser que la fin de non-recevoir, tirée de l'existence d'un recours dit parallèle, constitue une restriction purement arbitraire à l'admission du recours pour excès de pouvoir (1). » Il est de fait que M. Laferrière et M. Aucoc furent longtemps presque les seuls à approuver sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat, tandis que l'opinion contraire réunissait en sa faveur MM. Rozy, Dufour, Dueroq, et, de nos jours, MM. Jacquelin et Berthélemy. Ce dernier auteur ne réclame pas formellement la suppression de la fin de non-recevoir en question, mais il ne dissimule pas qu'aucun des motifs invoqués pour la maintenir n'est capable d'entraîner la conviction. Cependant, la théorie du

(1) *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 245.

recours parallèle a vu croître, dans la suite, le nombre de ses partisans. Nous avons exposé et critiqué les motifs d'ordre à la fois théorique et pratique, qui ont été invoqués en faveur de cette théorie. Il nous reste à établir, d'une manière positive, la conception contraire, c'est-à-dire celle de la généralité du recours pour excès de pouvoir, nonobstant la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle.

Nous pensons que, juridiquement, la possibilité pour le requérant de porter sa contestation soit devant un tribunal judiciaire, soit devant un tribunal administratif, en se fondant sur l'illégalité de l'acte attaqué, ne fait pas obstacle à ce que ce demandeur exerce directement le recours pour excès de pouvoir.

Nous ne saurions mieux faire, pour prouver notre affirmation, que de reprendre un à un les arguments, décisifs à notre sens, qui ont été mis en lumière par M. Jacquelin dans son livre intitulé : *Les principes dominants du contentieux administratif*.

Ces arguments sont au nombre de cinq :

1° La restriction apportée par la théorie critiquée à l'admission du recours pour excès de pouvoir est purement arbitraire ;

2° Les textes de la matière établissent la généralité du recours pour excès de pouvoir ;

3° Une option entre deux actions est consacrée par d'autres parties de la législation ;

4° Le recours *omisso medio* et le recours contentieux ordinaire ont des caractères très différents ;

5° La théorie du recours parallèle, si elle était intégralement appliquée, entraînerait des conséquences funestes.

En premier lieu, c'est une objection en vérité très grave que celle qu'on puise dans le caractère éminemment arbitraire des restrictions prétoriennes apportées à l'institution du recours pour excès de pouvoir. Le législateur avait jugé opportun d'organiser contre tous les actes administratifs le recours dont il s'agit. Le Conseil d'Etat serait excusable d'avoir jugé à l'encontre de la loi s'il avait pu invoquer des raisons solides à l'appui de sa jurisprudence. Mais, en somme, il s'est borné, comme le dit très bien M. Hauriou, à suivre une « politique d'équilibre » entre deux tendances auxquelles il se livre alternativement. Ses revirements sont fameux. Un recours déclaré inutile à une certaine époque, est aujourd'hui considéré comme recevable et réciproquement. Ainsi, les recours pour excès de pouvoir formés contre les tarifs de taxes indirectes et contre les règlements munis de sanction pénale, ne devraient-ils pas recevoir le même traitement, comme le décidait le Conseil d'Etat sous le Second Empire en appliquant aux uns et aux autres la théorie de l'excès de pouvoir flagrant. Cependant, la fin de non-recevoir est aujourd'hui opposée aux uns avec rigueur alors que les autres en sont exempts depuis longtemps. De cela il résulte

une instabilité jurisprudentielle bien plus nuisible encore aux justiciables que contrariante pour l'esprit du théoricien.

#### I. — Preuve par les textes.

En second lieu, les textes fondamentaux de la matière montrent la généralité du recours pour excès de pouvoir. Ils ne consacrent ni ne laissent soupçonner en aucune manière la distinction que nous combattons. La loi des 7-14 octobre 1790 dispose que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi, chef de l'Administration générale ».

La loi du 24 mai 1872, consacrant le recours pour excès de pouvoir, décide que le Conseil d'Etat « statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir, formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

Le législateur a donc bien voulu que le recours pour excès de pouvoir fût général : ni expressément, ni implicitement, il n'a voulu faire de l'existence d'un recours parallèle un cas de non-recevabilité de ce recours. Les textes, qu'il appartient bien à la jurisprudence d'interpréter, mais qui doivent être obéis, conduisent donc à décider que le recours pour excès de pouvoir sera recevable contre un acte ou une décision entaché d'excès de pouvoir, c'est-à-dire d'incompétence, de vio-

lation des formes, de violation d'une loi de fond ou de détournement de pouvoir.

C'est se mettre en contradiction avec la loi, que de condamner les justiciables à l'emploi exclusif du recours contentieux ordinaire lorsqu'il y a coexistence de celui-ci avec le recours *omisso medio*.

## II. — Preuve par les caractères différents du recours « *omisso medio* » et du recours contentieux ordinaire.

Non seulement il n'y a aucune raison de refuser aux justiciables un droit d'option entre les deux recours, mais un argument d'analogie puissant milite en faveur de cette faculté d'option. Le Code d'instruction criminelle admet la coexistence de l'action civile et de l'action publique, et il reconnaît à la partie lésée le droit soit de joindre à l'action intentée au nom de la société par le ministère public son action en réparation du préjudice causé, soit de porter directement et isolément son recours devant les juridictions civiles.

La même option entre les deux voies de recours est encore reconnue aux particuliers en matière de brevets d'invention.

Par conséquent, alors même que le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux ordinaire auraient les mêmes caractères et les mêmes effets, il n'y aurait aucun motif de faire disparaître l'un devant l'au-

tre. Le droit d'option devrait être reconnu conformément aux principes généraux de notre législation.

Mais il y a plus, et un argument *a fortiori* intervient ici par suite des différences qui existent entre le recours contentieux ordinaire et le recours pour excès de pouvoir.

L'autorité saisie d'un recours contentieux ordinaire a des pouvoirs très étendus relativement à l'examen de la décision attaquée ; elle peut procéder à une révision totale de celui-ci, l'annuler, le maintenir ou lui substituer une décision nouvelle, et enfin prendre les mesures qu'elle juge utiles.

Au contraire, les pouvoirs du juge de l'annulation sont très limités. Le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le droit de prendre, en dehors des questions de sursis, de procédure et de dépense, aucune autre disposition que le rejet de la requête ou l'annulation totale ou partielle de l'acte attaqué. Si des conclusions plus étendues sont jointes à la demande d'annulation, il les écarte comme non recevables. Cette pratique se justifie très bien par la nature objective du recours pour excès de pouvoir. Étant publique, cette action a pour objet la répression des violations de la légalité contenues dans les actes administratifs. Or, ce but se trouve complètement atteint par la suppression de l'acte incriminé, et si l'annulation prononcée confère ou restitue des droits subjectifs au demandeur, ce dernier devra les faire valoir par les recours subjectifs dont il dispose.

Le recours contentieux ordinaire, au contraire, se fonde sur la violation d'un droit subjectif ; il aboutit à une condamnation.

En somme, les deux recours que nous venons de comparer sont différents dans leurs causes et dans leurs effets.

### III. — Conséquences regrettables de la théorie du recours parallèle strictement appliquée.

« En présence d'effets si différents, dit M. Huet (1), est-il encore juste d'affirmer que le recours parallèle et le recours pour excès de pouvoir, font double emploi et n'est-il pas évident que, loin d'apporter à la généralité du recours pour excès de pouvoir une limite que l'on prétend justifier par l'existence d'un recours parallèle, il serait infiniment plus conforme à l'intérêt des particuliers, d'étendre, autant que faire se peut, le champ d'application du recours *omisso medio*, qui seul garantit d'une façon vraiment efficace les droits et les intérêts des justiciables, puisqu'il soustrait la généralité de ces derniers à l'exécution d'une décision reconnue illégale, et qu'il les dispense en même temps d'intenter, contre une décision déjà reconnue irrégulière, un second et plusieurs recours. »

L'admission de la généralité du recours pour excès

(1) *Loc. cit.*, p. 461.

de pouvoir est si bien dans l'intention du législateur, que la loi du 2 novembre 1864, en dispensant le recours pour excès de pouvoir de tous frais, sauf ceux de timbre et d'enregistrement, a eu pour but de favoriser l'extension du recours *omisso medio*.

Enfin, il est bien certain que, pour être logique avec elle-même, la jurisprudence du recours parallèle devrait consacrer des conséquences vraiment inacceptables. Il est évident qu'elle est très préjudiciable aux justiciables qui risquent de ne pas obtenir justice et qui se trouvent engagés dans une procédure longue et compliquée.

## CONCLUSION

M. Batbie (*Cours de droit administratif*, 1885) s'étonnait à juste titre que le système de la fin de non-recevoir, tirée de l'existence d'un recours parallèle, ait pu trouver assez de crédit pour mettre en échec le principe d'après lequel le recours pour excès de pouvoir est recevable concurremment avec le recours contentieux de droit commun. M. Batbie, conformément aux idées que nous avons nous-mêmes défendues au cours de cette étude, rappelait à cet égard le but du recours pour excès de pouvoir qui est de satisfaire l'intérêt public, et le but du recours ordinaire dont l'objet est la satisfaction de l'intérêt particulier.

Le même auteur affirmait qu'il n'existe aucune équivalence entre un mode de recours quelconque et le recours direct du Conseil d'Etat. Cette voie doit en effet son succès et sa raison d'être elle-même à l'efficacité exceptionnelle que les justiciables rencontrent chez elle.

Il importe de donner à cette efficacité un maximum.

Nous avons montré qu'aucune raison, ni théorique ni pratique, ne justifie la théorie du recours parallèle.

Bien au contraire, la généralité du recours pour excès de pouvoir est en pleine harmonie avec l'intention du législateur. Cette généralité est affirmée dans la loi des 7-14 octobre 1790 et dans celle de 1872. De son côté, le décret du 2 novembre 1864, en dispensant le recours pour excès de pouvoir de tous frais, sauf des droits de timbre et d'enregistrement, a eu pour but manifeste de favoriser l'extension du recours *omisso medio*.

Comme l'a dit M. Huet (1), cela est remarquable, car le décret de 1864 assimilait, pour ainsi dire, le recours pour excès de pouvoir à la pétition.

Quoi qu'en aient pensé un certain nombre d'auteurs, et notamment M. Laferrière, nous avons vu, en effet, que le recours pour excès de pouvoir est une action populaire, objective, dans laquelle le demandeur, en poursuivant la satisfaction de l'intérêt général et de la légalité, joue en quelque sorte le rôle de ministère public.

Quelle incompatibilité peut-il y avoir entre cette action objective et l'exercice d'une action subjective basée sur un intérêt individuel et patrimonial ?

D'ailleurs, nous le répétons, il serait injuste de fermer la voie de recours, pour excès de pouvoir, en face d'une autre voie de recours aux justiciables qui trou-

(1) *Loc. cit.*, p. 162.

vent dans la première une procédure plus rapide et plus économique.

Ne peut-il pas arriver, du reste, que le recours ordinaire ne réponde aux besoins de l'intéressé. « Un particulier, dit M. Jacquelin (1), est atteint par la délimitation abusive d'un cours d'eau qui empiète sur sa propriété ; c'est là une expropriation directe accomplie sans l'observation des formes prescrites par la loi du 3 mai 1841 ; aussi le particulier peut-il former une demande en indemnité devant les tribunaux judiciaires qui seront ainsi constitués juges de la légalité de l'acte de délimitation ; mais, s'il préfère sa propriété à une indemnité, n'a-t-il aucun moyen de la recouvrer ? Il n'en aurait aucun, si le recours pour excès de pouvoir lui était refusé ; aussi, le Conseil d'Etat le déclare-t-il recevable encore dans ce cas. »

Nous avons indiqué les atténuations que la jurisprudence s'était vue obligée d'apporter à la conception du recours parallèle. Elle est ainsi arrivée à des résultats vraiment boiteux. Les arguments qu'on invoque en faveur de la règle du recours parallèle ne prouvent rien, parce que, en admettant qu'ils prouvent quelque chose, ils prouveraient trop. S'ils étaient convaincants, nous l'avons déjà dit, il faudrait donner à cette fin de non-recevoir une étendue et une rigueur si grandes

(1) Les principes dominants du contentieux administratif.

qu'on aboutirait à l'absurde et au déni de justice. Si, d'autre part, on ne déduit pas de ces arguments toutes leurs conséquences logiques, c'est qu'ils sont en réalité dépourvus de valeur.

C'est pourquoi nous sommes autorisés à conclure que l'existence d'un recours parallèle ne met pas obstacle à l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

Cette solution fait naître une dernière question sur laquelle il nous faut dire quelques mots.

Lorsque le recours pour excès de pouvoir a été exercé et a été couronné de succès, l'autre recours subsiste.

Les ayants droit sont contraints, après avoir obtenu l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte qui leur porte préjudice, d'intenter un recours de pleine juridiction pour réclamer les réparations auxquelles ils peuvent prétendre. Ce sont des longueurs, des complications et des frais supplémentaires.

Comment remédier aux inconvénients de ces recours successifs ?

On ne saurait sans doute songer à renoncer à l'autonomie du recours pour excès de pouvoir en donnant au juge de ce recours les mêmes pouvoirs qu'aux juges du contentieux subjectif. Le problème consiste donc à concilier le maintien de cette autonomie avec l'opportunité qui s'impose de remédier aux recours successifs. A la question ainsi posée, quelle réponse peut être faite ?

Une solution se présente assez naturellement à l'esprit. C'est celle de la jonction des recours. L'action publique et l'action civile sont simultanément mises en mouvement par la partie civile ; elles se déroulent parallèlement sans se confondre devant la juridiction répressive. Ne serait-il pas bon, de même, de permettre au demandeur un recours pour excès de pouvoir de joindre à sa requête en annulation, essentiellement objective et publique, une requête subjective formulant des conclusions pécuniaires ?

Cette solution se heurterait à des obstacles certains. Et d'abord, il est à craindre que la jonction des requêtes ne crée leur confusion. Lorsqu'il s'agit de l'action publique et de l'action civile exercées devant un tribunal répressif, la confusion est rendue impossible par ce fait que le ministère public reste nominalement demandeur à l'action pénale déclenchée par la partie lésée. Mais cette dualité de demandeurs n'existerait pas dans l'hypothèse de la jonction de conclusions pécuniaires au recours pour excès de pouvoir. Dans la matière du divorce, il n'y a pas non plus juxtaposition de deux ordres de conclusions, les unes principales et objectives, relatives à l'état des personnes, les autres accessoires et pécuniaires. Cependant la prédominance des questions d'Etat a conservé à l'action en divorce le régime des recours objectifs, notamment l'autorité absolue des jugements. Il est permis de penser qu'au contraire la jonction de conclusions pécuniaires au recours pour excès du pou-

voir lui ferait peu à peu appliquer les règles du contentieux subjectif. On arriverait donc à compromettre ainsi gravement l'autonomie du recours pour excès de pouvoir.

En fait, le Conseil d'Etat, n'a admis la jonction des requêtes que pour débouter en bloc le demandeur de l'ensemble de ses conclusions.

Un autre remède aux recours successifs consisterait dans l'augmentation du personnel du Conseil d'Etat et dans l'organisation du nombre nécessaire de sections contentieuses permanentes. De la sorte, l'expédition des affaires serait accélérée et la perte de temps résultant des recours successifs serait beaucoup moins considérable.

Vu :

Le Président de la thèse,  
JACQUELIN.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,  
CAUVÈS.

Vu et permis d'imprimer :

*Le vice-recteur de l'Académie de Paris,*  
L. LIARD.

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                 | Pages |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION. . . . .                                                                           | 1     |
| CHAPITRE PREMIER. — <b>Nature juridique du recours pour excès de pouvoir</b> . . . . .          | 13    |
| Le recours pour excès de pouvoir appartient au contentieux objectif . . . . .                   | 13    |
| CHAPITRE II. — <b>La jurisprudence</b> . . . . .                                                | 23    |
| Formation de la jurisprudence en matière de recours parallèle . . . . .                         | 23    |
| SECTION I. — <i>Applications jurisprudentielles de la notion de recours parallèle</i> . . . . . | 25    |
| I. — Etablissements dangereux, insalubres et incommodes . . . . .                               | 25    |
| II. — Travaux publics . . . . .                                                                 | 27    |
| III. — Contributions directes et taxes assimilées. . . . .                                      | 28    |
| IV. — Actes de gestion . . . . .                                                                | 34    |
| SECTION II. — <i>Restriction à la théorie du recours parallèle</i> . . . . .                    | 39    |
| I. — Une exception ne constitue pas le recours parallèle. . . . .                               | 39    |
| II. — Atténuation en matière de sectionnement électoral. . . . .                                | 41    |

|                                                                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE III. — Critique de la théorie du recours parallèle . . . . .                                                               | 45 |
| SECTION I. — <i>Réfutation des arguments invoqués en faveur de la théorie</i> . . . . .                                             | 46 |
| I. — Raisons de principe. . . . .                                                                                                   | 46 |
| 1° La prétendue nature subjective du recours pour excès de pouvoir. . . . .                                                         | 46 |
| 2° La prétendue nécessité d'un intérêt direct et personnel chez le demandeur . . . . .                                              | 48 |
| II. — Raisons pratiques . . . . .                                                                                                   | 60 |
| 1° Eviter les recours inutiles . . . . .                                                                                            | 60 |
| 2° Eviter l'empiètement des juridictions. . . . .                                                                                   | 61 |
| 3° Eviter la contrariété des jugements . . . . .                                                                                    | 62 |
| SECTION II. — <i>L'existence d'un recours parallèle ne fait pas obstacle à la possibilité du recours pour excès de pouvoir.</i> . . | 63 |
| I. — Preuve par les textes . . . . .                                                                                                | 66 |
| II. — Preuve par les caractères différents du recours <i>omisso medio</i> et du recours contentieux ordinaire. . .                  | 67 |
| III. — Conséquences regrettables de la théorie du recours parallèle strictement appliquée . . . . .                                 | 69 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                                                                | 71 |







Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)